

Diskriminierung und Diskriminierungsschutz im Arbeitsleben in der Schweiz

Kurt Pärli

- I. Ausgangslage**
- II. Diskriminierung im Arbeitsleben: allgemein und z.B. aufgrund des Alters**
- III. Diskriminierungsschutz: Völker- und verfassungsrechtlicher Rahmen**
- IV. Arbeitsvertragliche Vertragsfreiheit und ihre (diskriminierungsrechtlichen) Schranken**
 - A. Die Rechtslage
 - B. Ausgewählte Rechtsprechung
- V. Signale aus Strassburg**
 - A. Integration der Arbeitsrechte in die EMRK und Schutzpflichten
 - B. Ausgewählte arbeitsrechtliche Diskriminierungsfälle des EGMR
- VI. Zusammenfassende Würdigung**

I. Ausgangslage

Aufgrund der im Vergleich zum europäischen Ausland und zu den USA und Australien kaum vorhandene Judikatur und Doktrin zum arbeitsrechtlichen Diskriminierungsschutzrecht steht die vielleicht etwas polemische Frage im Raum, ob in der Schweiz überhaupt ein Diskriminierungsschutzrecht im Arbeitsverhältnis existiert.

Die Frage kann, das sei bereits einleitend festgehalten, bejaht werden. So verbietet das Gleichstellungsgesetz (GLG)¹ in sämtlichen Phasen eines jeden Arbeitsverhältnisses (privat- oder öffentlichrechtlich) jede direkte und indirekte Diskriminierung aufgrund des Geschlechts. Das GLG kennt Beweislast erleichterungen und sieht als Rechtsfolge neben Schadenersatz und Genugtuung Pönalentschädigungen vor. Auf das Verschulden der Arbeitgeberin kommt es hier nicht an. Die Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit eines EU oder EFTA-Staates ist aufgrund des Freizügigkeitsabkommens (FZA) zwischen der Schweiz und ihren Mitgliedstaaten und des Parallelabkommens mit der EFTA verboten. Auch dieses Diskriminierungsverbot ist umfassend auf alle Arbeitsverhältnisse und in sämtlichen Phasen einer Beschäftigung anwendbar².

Keinen (ausdrücklichen) gesetzlichen Diskriminierungsschutz kennt die schweizerische Rechtsordnung im Bereich Behinderung. Im Bundesgesetz über die Gleichstellung von Menschen mit Behinderung (BehiG)³ ist der Arbeitsbereich – mit Ausnahme von Beschäftigungen im Rahmen des Bundespersonalgesetzes – vom Anwendungsbereich der Verpflichtung zum Nachteilsausgleich ausgenommen.

Ausserhalb diesen beiden ausdrücklichen gesetzlichen bzw. staatsvertraglichen Regelungen lässt sich der Diskriminierungsschutz im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis nur – aber immerhin – aus dem Anspruch auf Persönlichkeitsschutz ableiten (Art. 328 Obligationenrecht (OR)⁴) für vertragliche Inhaltsdiskriminierung und Diskriminierung im Rahmen des Weisungsrechts und bei freiwilligen Arbeitgeberleistungen, Art. 28 Zivilgesetzbuch (ZGB)⁵ für Diskriminierungen bei der Anstellung und Art. 336 respektive Art. 337 OR im Zusammenhang mit Kündigungen). Flankiert wird der Persönlichkeitsschutz bei Anstellungen überdies

1 Bundesgesetz vom 24. März 1995 über die Gleichstellung von Frau und Mann, (Gleichstellungsgesetz, GLG), SR 151.1.

2 Pärli Kurt, Arbeitsrechtliches Diskriminierungsverbot europäischer Wanderarbeitnehmer nach Gemeinschaftsrecht und nach dem Personenfreizügigkeitsrecht mit der Schweiz, ZESAR 01/2007, S. 21-30.

3 Bundesgesetz vom 13. Dezember 2002 über die Beseitigung von Benachteiligungen von Menschen mit Behinderungen, (Behindertengleichstellungsgesetz, BehiG) SR 151.3.

4 Bundesgesetz vom 30. März 1911 betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht), SR 220.

5 Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907, SR 210.

durch das in Art. 2 Abs. 1 ZGB verankerte Gebot des Handelns nach Treu und Glauben. Im öffentlichen Personalrecht ist vorab die Grundrechtsbindung öffentlich-rechtlicher Anstellungsträger zu beachten. Das bedeutet, dass sich öffentlich-rechtlich angestellte Arbeitnehmer/innen namentlich auf das in Art. 8 Abs. 2 Bundesverfassung (BV)⁶ verankerte Verbot der Diskriminierung wegen der dort aufgeführten Merkmale berufen können. Über dies beachtlich sind Diskriminierungsverbote in kantonalen Verfassungen. Im öffentlichen Personalrecht des Bundes und der Kantone sowie auf kommunaler Ebene finden sich überdies dem privatrechtlichen Persönlichkeits- und Kündigungsschutz nachgebildete Bestimmungen, wobei eine diskriminierende Kündigungen in der Regel – anders als bei missbräuchlichen Kündigungen in privatrechtlichen Arbeitsverhältnissen – ungültig ist.

Es zeigt sich also, dass in der Schweiz keine umfassende gesetzliche Regelung besteht, die Arbeitnehmende vor Diskriminierung aus allen relevanten Gründen schützt. Der Schutz ist vielmehr fragmentarisch, unvollständig und beschränkt wirksam.

II. Diskriminierung im Arbeitsleben: allgemein und z.B. aufgrund des Alters

Diskriminierungen kommen im ganzen Lebenszyklus eines Arbeitsverhältnisses vor, also im Rahmen der Stellenausschreibung und Bewerbung, bei Vertragsabschluss und Vertragsinhalt einschliesslich mit dem Arbeitsverhältnis zusammenhängenden Versicherungen, im Rahmen von Beförderungen, Lohnerhöhungen, bei freiwilligen Leistungen der Arbeitgeber und schliesslich bei Kündigungen einschliesslich Änderungskündigungen.

Über das Ausmass der Diskriminierung im Erwerbsleben sind in der Schweiz nur wenige verlässliche Daten vorhanden. Die Diskriminierungswirklichkeitsforschung steckt noch in den Kinderschuhen⁷. Dennoch kann auf ein paar einschlägige Untersuchungen hingewiesen werden. Die Schweiz beteiligte sich 2010 an einer von der Stiftung zur Verbesserung der Arbeits- und Lebensbedingungen (European Foundation for better Living- and Workingconditions, Eurofound) durchgeführten europaweiten Befragung von Arbeitnehmenden zu verschiedenen Aspekten der Arbeitsbedingungen⁸. Diskriminierung wurden mit sieben Items gemessen, welche jeweils unterschiedliche Formen von erlebter Diskriminierung

⁶ Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV), SR 101.

⁷ Siehe dazu auch: Pärli Kurt/Studer Melanie, Arbeit und Existenzsicherung, in: Naguib/Pärli/Copur/Studer, Diskriminierungsrecht. Handbuch für Jurist_innen, Berater_innen und Diversity_Expert_innen, Bern 2013, S. 123.

⁸ Zu den Ergebnissen siehe: <http://www.seco.admin.ch/dokumentation/publikation/00008/00022/04921/index.html?lang=en> (zuletzt besucht am 17.08.2105).

abbilden sollen. Am häufigsten (12.2 %) nannten die Befragten diskriminierende Beleidigungen, gefolgt von Drohung und erniedrigendem Verhalten (8.3 %), Mobbing/Schikanieren (7.8 %), Benachteiligung aufgrund des Alters (5.9 %), Benachteiligung aufgrund des Geschlechts (3.7 %), körperliche Gewalt (0.9 %) und sexuelle Belästigung (0.7 %). Im Vergleich zu den anderen Staaten fällt der relativ hohe Anteil an Benachteiligungen aufgrund des Alters auf. Im EU-Durchschnitt resultierte ein Wert von 3.2 %, in Deutschland 4.8 %, in Frankreich 4.8 %, in Österreich 3.3 % und in Italien gerademal 2.1 %. Die Ergebnisse der 2015 durchgeführten EU-weiten Erhebung (erneut mit Einbezug der Schweiz) werden erst Ende 2015 feststehen⁹.

III. Diskriminierungsschutz: Völker- und verfassungsrechtlicher Rahmen¹⁰

Schutz vor Diskriminierung bildet seit Ende des zweiten Weltkrieges fester Bestandteil des internationalen Menschenrechtsschutzes. In zahlreichen völkerrechtlichen Abkommen finden sich Diskriminierungsverbote, die den Ratifikationsstaaten die Pflicht auferlegen, innerstaatlich für wirksamen Schutz vor Ungleichbehandlung wegen persönlichkeitsnaher Merkmale wie Geschlecht, Herkunft, Hautfarbe usw. zu sorgen. Durch die Abkommen werden die Vertragsstaaten in ihrem Wertungsspielraum, aus welchen Gründen sie innerstaatlich Ungleichbehandlungen zulassen wollen, eingeschränkt. Primärer Adressat der völkerrechtlichen Pflichten ist der Staat, zu dessen Pflichten es indes auch gehört, für wirksamen Schutz vor Diskriminierung unter Privaten zu sorgen¹¹. Damit haben die arbeitsrechtlich relevanten völkerrechtlichen Diskriminierungsverbote eine (zumindest) indirekte (mittelbare) Drittwirkung.

Für die **Schweiz verbindlich** sind die folgenden völkerrechtlichen Abkommen, die alle einen wirksamen Schutz vor Diskriminierung u.a. im Bereich der Arbeitsverhältnisse verlangen:

- Allgemeine Erklärung der Menschenrechte¹²;
- UN-Menschenrechtspakte von 1966 (UN-Pakt I, WSK-Rechte¹³, UN-Pakt II, bürgerliche und politische Rechte¹⁴)
- UN-Frauenrechtskonvention¹⁵

9 Quelle: <https://www.eurofound.europa.eu/de/surveys/2015/sixth-european-working-conditions-survey-2015> (zuletzt besucht am 17.08.2015).

10 Siehe zum völker- und verfassungsrechtlichen Diskriminierungsschutz im Arbeitsleben Pärli Kurt, Völker- und verfassungsrechtliche Grundlagen, in: Naguib/Pärli/Copur/Studer, Diskriminierungsrecht. Handbuch für Jurist_innen, Berater_innen und Diversity_Expert_innen, Bern 2013, S. 37-50 (Die nachfolgenden Ausführungen sind weitgehend diesem Buchkapitel übernommen).

11 Pärli Kurt, Vertragsfreiheit, Gleichbehandlung und Diskriminierung im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis, Bern 2009, N 128-130.

12 Resolution 217 A (III) der Generalversammlung vom 10. Dezember 1948.

- UN-Antirassismuskonvention¹⁶
- UN-Kinderrechtsrechtskonvention¹⁷
- UN-Behindertenkonvention¹⁸
- Konventionen Nr. 100 und 11 der Internationalen Arbeitsorganisation¹⁹
- Europäische Menschenrechtskonvention²⁰

Zu erwähnen sind weiter das Freizügigkeitsabkommen der Schweiz mit der EU und ihren Mitgliedstaaten (FZA)²¹ und das Parallelabkommen mit der EFTA²². Das Herzstück dieser Abkommen ist ein allgemeines Diskriminierungsverbot aufgrund der Staatsangehörigkeit, das im Anwendungsbereich des Abkommens gilt und unmittelbar anwendbar ist²³.

Nicht ratifiziert hat die Schweiz u.a. die Europäische Sozialcharta (auch sie beinhaltet Diskriminierungsverbote)²⁴ und auch nicht das 12. Zusatzprotokoll zur EMRK²⁵, das ein selbständiges Diskriminierungsverbot beinhaltet und so den bloss akzessorischen Schutz nach Art. 14 der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) ergänzt bzw. in der Schweiz ergänzen würde. Konsequenterweise hat die Schweiz gegenüber dem ebenfalls ein selbständiges Diskriminierungsverbot enthaltenden Artikel 26 des UN-Zivilpaktes einen Vorbehalt angebracht.

-
- 13 Internationaler Pakt vom 16. Dezember 1966 über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte, SR 0.103.1.
 - 14 Internationaler Pakt vom 16. Dezember 1966 über bürgerliche und politische Rechte, SR 0.103.2.
 - 15 Übereinkommen vom 18. Dezember 1979 zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau, SR 0.108.
 - 16 Internationales Übereinkommen vom 21. Dezember 1965 zur Beseitigung jeder Form von Rassen-diskriminierung, SR 0.104.
 - 17 Übereinkommen vom 20. November 1989 über die Rechte des Kindes, SR 0.107.
 - 18 Übereinkommen über die Rechte von Menschen mit Behinderungen vom 13. Dezember 2006 („Convention on the Rights of Persons with Disabilities“, UN Doc. A/RES/61/106 vom 24. Januar 2007).
 - 19 Übereinkommen Nr. 100 vom 29. Juni 1951 über die Gleichheit des Entgelts männlicher und weiblicher Arbeitskräfte für gleichwertige Arbeit, SR 0.822.720.0; Übereinkommen Nr. 11 vom 12. November 1921 über das Vereinigungs- und Koalitionsrecht der landwirtschaftlichen Arbeitnehmer, SR 0.822.712.1.
 - 20 Konvention vom 4. November 1950 zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK), SR 0.101.
 - 21 Abkommen vom 21. Juni 1999 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit, SR 0.142.112.681.
 - 22 Übereinkommen vom 4. Januar 1960 zur Errichtung der Europäischen Freihandelsassoziation (EFTA), SR 0.632.31. Zum Diskriminierungsverbot des FZA im Bereich Arbeitnehmende siehe: Pärli, Vertragsfreiheit (Fn 12), N 969 ff.
 - 23 Bger v. 05.03.2010, 4A_593/2009, Erw. 1.4.
 - 24 Europäische Sozialcharta, SEV-Nr. 035 und revidierte Europäische Sozialcharta, SEV-Nr. 163. Siehe zur Nichtratifikation der Europäischen Sozialcharta: Pärli Kurt/Imhof Edgar, Die Vereinbarkeit der schweizerischen Rechtsordnung mit der (revidierten) Europäischen Sozialcharta, Jusletter vom 6. Juli 2009, Rz 46 ff.
 - 25 Protokoll Nr. 12 zur Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten, SEV-Nr.: 177

Bei der Analyse der Merkmale, aufgrund deren eine Diskriminierung verboten ist, zeigt sich die überragende Bedeutung der Merkmale Geschlecht und „Rasse“. Die in den Katalogen der beiden UN-Pakten und in der Antirassismuskonvention erwähnten Merkmale „Hautfarbe, nationale Herkunft, nationale Minderheit sowie Volkstum, nationaler Ursprung stehen in engem Zusammenhang mit der (sogenannten) Rasse; im EU-Recht werden diese Gründe unter dem Terminus „Ethnische Herkunft“ zusammengefasst. Eine lange Tradition und breite Akzeptanz finden weiter die Diskriminierungsmerkmale „Religion“ sowie „Weltanschauung/politische Einstellung“. Erst in neuerer Zeit und teils nur durch die Rechtsprechung der Überwachungsorgane werden Behinderung und Alter als verbotene Diskriminierungen genannt²⁶. Nicht ausdrücklich als völkerrechtlich verbotenes Diskriminierungsmerkmal verankert ist namentlich auch die sexuelle Orientierung²⁷.

Neben den zumindest historisch primär menschenrechtlich motivierten völkerrechtlichen Diskriminierungsverboten enthalten mehr wirtschaftlich ausgerichtete Völkerrechtsabkommen Diskriminierungsverbote aufgrund der Staatsangehörigkeit. In der Schweiz besonders wichtig ist das Diskriminierungsverbot aufgrund der Staatsangehörigkeit einer Vertragspartei des bereits erwähnten Freizügigkeitsabkommens FZA.

Der Antagonismus – menschenrechtlich bzw. wirtschaftlich begründete Diskriminierungsverbote – wird heute namentlich im EU-Recht aufgeweicht. So waren es z.B. ursprünglich wirtschaftliche Gründe, die in der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft ein Verbot der Lohndiskriminierung aufgrund des Geschlechts notwendig machten²⁸. Das heutige EU-Diskriminierungsschutzrecht hat sowohl einen menschenrechtlichen wie auch einen wirtschaftlichen Hintergrund²⁹. So stand der Erlass der 2000er Diskriminierungsrahmenrichtlinien (2000/78/EG³⁰ und 2000/43/EG³¹) im Zeichen der Lissabon-Strategie, mit der die Union die Beschäftigungsquote zu erhöhen versuchte. Zudem wird das Diskriminierungsverbot aufgrund der Staatsangehörigkeit über die Verankerung in den Verträgen (AEUV und EUV) hinaus in einem eigenen Artikel in der Grundrechtscharta der

26 Für das Diskriminierungsmerkmal „Alter“ siehe: Human Rights Committee (HRC), Communication No. 8555/1999, Schmitz de Jong vs. Netherlands. Das Merkmal „Behinderung“ wird vom „Committee on Economic, Social and Cultural Rights“ in seinem „General Comment Nr. 18“ zum Recht auf Arbeit erwähnt (Thirty-fifth session 2005, U.N.Doc E/C.12/GC/18 (2006), Ziff 12 b. Zur UN-Behindertenkonvention siehe die Angaben in Fn 19.

27 Erstmals hat sich der Menschenrechtsrat im März 2012 der Thematik angenommen und (knapp) eine Resolution angenommen, die sich gegen Menschenrechtsverletzungen an Schwulen und Lesben ausspricht und einen Bericht zur Lage fordert (Resolution L9/rev1 des UNO-Menschenrechtsrates).

28 EuGH v. 08.04.1976, C-43/75, Defrenne II, Slg. 1976, 455, Rz 9.

29 Pärli, Vertragsfreiheit (Fn 12), Rz 819.

30 Richtlinie 2000/78/EG des Rates vom 27. November 2000 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf, ABl. L 303.

31 Richtlinie 2000/43/EG des Rates vom 29. Juni 2000 zur Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes ohne Unterschied der Rasse oder der ethnischen Herkunft, ABl. L 180.

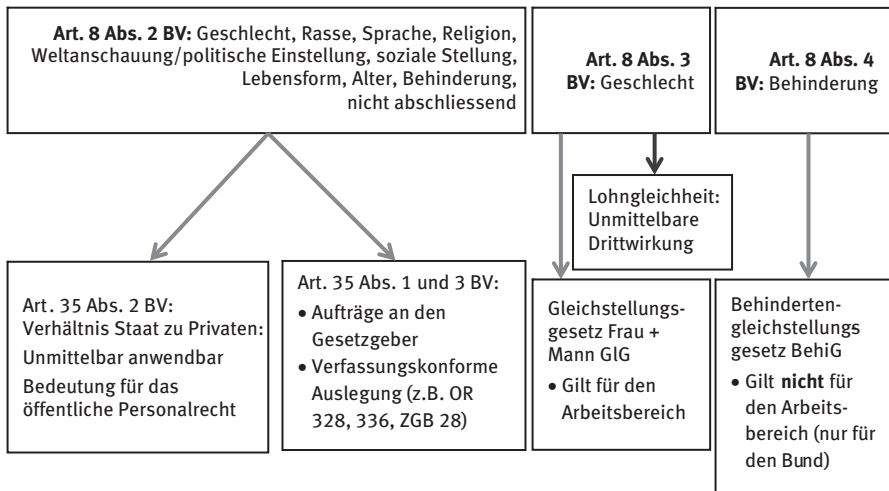
Union, seit der Lissabonvertrag rechtsverbindlich ist, verankert (Art. 21 Abs. 2 AEUV).

Ein wichtiger Unterschied bleibt indes nicht zu verkennen: Im Unterschied zu den menschenrechtlich basierten Diskriminierungsverboten in Abkommen mit globaler oder regionaler Geltung, schützen die Diskriminierungsverbote aufgrund der Staatsangehörigkeit nur die Staatsangehörigen der jeweiligen Vertragsparteien. Die Anwendung dieser Diskriminierungsverbote führt einerseits zum bekannten Problem der Inländerdiskriminierung (das nach Massgabe des nationalen Verfassungsrechts zu lösen ist) und andererseits zur Problematik der Diskriminierung von Drittstaatenangehörigen: Nur EU-Ausländer/innen und Schweizer/innen geniessen den Schutz des Diskriminierungsverbotes des FZA, Angehörige anderer Staaten nicht oder nur über eine familiäre Beziehung zu einer berechtigten Person.

Diskriminierungsschutz im Erwerbsleben ist auch aus verfassungsrechtlicher Sicht gefordert. Mit der Nachführung der Bundesverfassung wurden 1999 einerseits die bisherige Rechtsprechung zur Rechtsgleichheit und dem Willkürverbot und andererseits die für die Schweiz völkerrechtlich geltenden Diskriminierungsverbote ins Verfassungsrecht aufgenommen.³² Art. 8 Abs. 2 BV zählt in einer nicht abschliessenden Liste neun die Identität des Menschen bestimmende oder zumindest prägende Diskriminierungsmerkmale auf (Geschlecht, Rasse, Sprache, Religion, Weltanschauung/politische Einstellung, soziale Stellung, Lebensform, Alter, Behinderung).

Das Diskriminierungsverbot ist ein Grundrecht und richtet sich primär an den Staat und an Institutionen, die staatliche Aufgaben wahrnehmen. Nach Art. 35 Abs. 3 BV haben die Behörden dafür zu sorgen, dass die Grundrechte, soweit sie sich dazu eignen, auch unter Privaten wirksam werden. Für die Diskriminierungsmerkmale Geschlecht und Behinderung hat der Verfassungsgeber in Art. 8 Abs. 3 bzw. Art. 8 Abs. 4 BV spezifische Gesetzgebungsaufträge verankert. Nach Art. 8 Abs. 3 Satz 1 sind Mann und Frau gleichberechtigt und Satz 2 hält fest, das Gesetz Sorge für ihre rechtliche und tatsächliche Gleichstellung, vor allem in Familie, Ausbildung und Arbeit. Der Gesetzgeber hat diesen Auftrag mit dem Gleichstellungsgesetz (GlG) umgesetzt. Weit weniger klar lautet der Auftrag in Art. 8 Abs. 4 BV. Hier steht lediglich, das Gesetz habe Massnahmen zur Beseitigung von Benachteiligungen der Behinderten vorzusehen. Mit dem Bundesgesetz über die Beseitigung von Benachteiligungen von Menschen mit Behinderungen (BehiG) wird der Gesetzgebungsauftrag umgesetzt. Die nachfolgende Darstellung illustriert die vorangehenden Ausführungen:

32 BGE 126 II 377, Erw. 6a; Botschaft zur nachgeführten Bundesverfassung, BBl I 1997 208.



IV. Arbeitsvertragliche Vertragsfreiheit und ihre (diskriminierungsrechtlichen) Schranken

A. Die Rechtslage

Der arbeitsvertraglichen Vertragsfreiheit kommt in der Schweiz nach Lehre und Rechtsprechung ein ausserordentlich hoher Stellenwert zu. Die Vertragsfreiheit bildet Ausdruck der Privatautonomie und ist auch verfassungsrechtlich im Rahmen der in Art. 27 BV ausdrücklich geschützten Wirtschaftsfreiheit anerkannt. Will der Gesetzgeber folglich die arbeitsvertragliche Vertragsfreiheit einschränken, bedarf er dafür eine gesetzliche Grundlage, ein öffentliches Interesse oder ein überwiegendes Interesse anderer Privater, weiter muss die Einschränkung verhältnismässig sein und darf den Kerngehalt der Vertragsfreiheit nicht verletzen. Zu erwähnen ist, dass der vielerorts behauptete Widerspruch zwischen Diskriminierungsschutz einerseits und Vertragsfreiheit andererseits sich bei näherer Betrachtung als durchaus überwindbar herausstellt. Sowohl die Privatautonomie und die darauf gestützte Vertragsfreiheit als auch der Diskriminierungsschutz haben ihre Wurzeln in der verfassungs- und völkerrechtlichen geschützten Menschenwürde. Es kann auch argumentiert werden, dass Diskriminierungsschutz einen Bestandteil der Vertragsfreiheit bildet, in dem durch Diskriminierungsschutz bislang in der Lebensrealität vom Genuss der Vertragsfreiheit ausgeschlossenen Gruppen und Personen einen faktischen Zugang zur Vertragsfreiheit ermöglicht³³.

33 Siehe zu diesen Überlegungen ausführlich Pärli, Vertragsfreiheit (Fn 12), Rz 802 ff.

Die arbeitsvertragliche Vertragsfreiheit umfasst sowohl die Abschluss-, als auch die Inhalts- und Beendigungsfreiheit (Kündigungsfreiheit). Die Schranken dieser Freiheit finden sich in

- Art. 2 ZGB, Pflicht zu einem Verhalten nach Treu und Glauben
- Art. 27/28 ZGB, Persönlichkeitsschutz als Schranke privatrechtlicher Willkür
- Art. 19/20 OR, die guten Sitten, die öffentliche Ordnung und das Recht der Persönlichkeit
- Art. 328 OR (Pflicht des Arbeitgebers zum Persönlichkeitsschutz)
- Zahlreiche öffentlich-rechtliche Schranken, Arbeitsgesetz, Ausländerrecht usw.

Wie bereits einleitend erwähnt, finden sich im schweizerischen Recht einige wenige gesetzliche Diskriminierungsverbote, die für das Arbeitsverhältnis massgebend sind. Diese lassen sich in der folgenden Tabelle darstellen:

	Merkmal(e)	Anwendungsbereich
GIG ¹	Geschlecht	Lebenszyklus Arbeitsverhältnis
FZA ²	EU/EFTA-Wanderarbeitn.	Lebenszyklus Arbeitsverhältnis
GUMG ³	Genetischer Status	Alle Lebensbereiche, Sonderbestimmungen für Arbeit und Versicherung
BehiG ⁴	Behinderung	Öffentl. Bauten, Bildung, Güter+Dienstl. (Privatr.Arbeit: NEIN)
ZGB ⁵ 2, 27/28	Diskriminierungsmerkmale nach BV 8 II und völkerrechtliche Diskriminierungsverbote + privatrechtlich anerkannte Merkmale	Ganzer Privatrechtsbereich (keine direkte Drittwirkung mit Ausnahme von Art. 8 Abs. 3 Satz 3 BV)
OR ⁶ 328/328b ArG ⁷ 6		Während des Arbeitsverhältnisses (OR 328b: auch Bewerbungsphase OR 336: Beendigung)
OR 336		

¹ Gleichstellungsgesetz, siehe Fn 2; ² Freizügigkeitsabkommen, siehe Fn 22; ³ Bundesgesetz vom 8. Oktober 2004 über genetische Untersuchungen beim Menschen, (GUMG), SR 810.12; ⁴ Behindertengleichstellungsgesetz, siehe Fn 4; ⁵ Zivilgesetzbuch, siehe Fn 6; ⁶ Obligationenrecht, siehe Fn 5; ⁷ Bundesgesetz vom 13. März 1964 über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel, SR 822.11.

Welche Bedeutung haben die dargestellten Diskriminierungsschutz im Lebenszyklus eines Arbeitsverhältnisses?

Bei der *Anstellung* ist vorab festzuhalten, dass das schweizerische Arbeitsrecht kein Recht auf Anstellung kennt. Aus der Partnerwahlfreiheit als Teilgehalt der Vertragsfreiheit ergibt sich die Freiheit der Arbeitgebenden, Kriterien und Wertungen für den Anstellungsentscheid selber festzulegen. Eine Rechtspflicht zu einem vernünftigen Handeln existiert nicht, die privatrechtliche Arbeitgeberin darf auch einen ungeeigneten Kandidaten oder eine ungeeignete Kandidatin anstellen. Immerhin verbietet das GlG jede Diskriminierung aufgrund des Geschlechts und das Verbot wirkt auch im Bewerbungsverfahren. Die diskriminierende Nichtanstellung hat eine Entschädigungspflicht (bis maximal drei Monatslöhne) zur Folge³⁴. Auch unzulässige sind diskriminierende Nichtanstellungen unter Verweis auf die Staatsangehörigkeit eines EU-Bürgers oder einer EU-Bürgerin (gestützt auf das FZA)³⁵.

Ausserhalb des GlG und FZA haben diskriminierende Anstellungspraktiken kaum rechtliche Konsequenzen. Eine Nichtanstellung wegen eines Diskriminierungsmerkmals ist zwar eine widerrechtliche Persönlichkeitsverletzung nach Art. 28 ZGB, sofern kein überwiegendes Arbeitgeberinteresse vorliegt. Die Hürden für eine erfolgreiche Klage sind aber sehr hoch. Die persönlichkeitsverletzende diskriminierende Nichtanstellung muss durch den abgelehnten Bewerber bzw. die abgelehnte Bewerberin bewiesen werden. Eine Beweislaste erleichterung ist nicht vorgesehen. Der Arbeitgeberin obliegt die Beweislast für das Vorliegen eines Rechtfertigungsgrundes. Dazu kommt: Im Unterschied zum GlG ist bei diskriminierender Nichtanstellung aus anderen Gründen als demjenigen des Geschlechts keine Pönalentschädigung möglich. Unter der Voraussetzung, dass die Diskriminierung zu einer schweren Persönlichkeitsverletzung führt, besteht Anspruch auf Genugtuung³⁶.

Während des Arbeitsverhältnisses kommen Diskriminierungen bei der Ausübung des Weisungsrechts und beim Vertragsinhalt vor. Das Weisungsrecht der Arbeitgeberin nach Art. 321d OR wird durch den in Art. 328 OR Persönlichkeitsschutz begrenzt³⁷. Diskriminierende Weisungen stellen regelmässig auch Persönlichkeitsverletzungen dar. Die Arbeitgeberin verletzt somit ihre arbeitsvertragliche Pflicht. Es darf indes erwähnt werden, dass sich Arbeitnehmer/innen angesichts des in der Schweiz eher schwach ausgebauten Kündigungsschutzes kaum ge-

34 Art. 3 in Verbindung mit Art. 5 GlG.

35 Vincent Martenet/Boillet Véronique, *L'égalité dans les relations entre particuliers et l'Accord sur la libre circulation des personnes*, SJER/ASDE 2007/2008, 2008, 311, 332.

36 Siehe dazu Pärli/Studer (Fn 8), Rz 349 und 350 mit Verweis auf Judikatur.

37 Zum Persönlichkeitsschutz und Ausübung des Weisungsrechts siehe umfassend: Streiff Ullin/Von Kaenel Adrian/Rudolph, Roger, *Arbeitsvertrag*, Praxiskommentar zu Art. 319-362 OR, 7. Auflage, N 14 zu Art. 328 OR.

trauen, während des Arbeitsverhältnisses rechtliche Schritte gegen ihre Arbeitgeber zu unternehmen. Es erstaunt deshalb nicht, dass entsprechende Klagen kaum vorkommen und wenn, dann immer im Zusammenhang mit einer bereits erfolgten Arbeitgeberkündigung.

Bei der Vereinbarung des Vertragsinhalts sind die Vertragsparteien grundsätzlich frei. Dennoch gibt es gesetzliche Schranken, die eine Vertragsinhaltsdiskriminierung (zumindest punktuell) untersagen. So muss die Arbeitgeberin die Persönlichkeit des Arbeitnehmers achten und schützen (Art. 328 OR), woraus sich in Verbindung mit dem zivilrechtlichen Persönlichkeitsschutz (Art. 27 ZGB) ein allgemeiner Gleichbehandlungsgrundsatz im Arbeitsrecht ergibt³⁸. Wie bei der Anstellung zeigt sich auch beim Vertragsinhalt, dass eine Diskriminierung aufgrund des Geschlechts und wegen der EU-Staatsangehörigkeit rechtlich privilegiert behandelt wird. Das GlG verbietet jede Geschlechtsdiskriminierung bei sämtlichen Arbeitsbedingungen und gleiches gilt auch im Anwendungsbereich des FZA. Während das arbeitsrechtliche Verbot der Geschlechterdiskriminierung in der Literatur und Rechtsprechung relativ gut etabliert ist³⁹, sorgt das Diskriminierungsverbot nach FZA zuweilen noch für Überraschungen. Das FZA sieht in Art. 9 Abs. 1 Anhang I FZA die Gleichbehandlung von Arbeitnehmenden aus EU-Staaten mit inländischen Arbeitnehmenden vor. Das Verbot vertraglich vereinbarter Ungleichbehandlung gilt „hinsichtlich der Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen, insbesondere im Hinblick auf Entlohnung, Kündigung und, falls er arbeitslos geworden ist, im Hinblick auf berufliche Wiedereingliederung oder Wiedereinstellung“. Weiter sieht Art. 9 Abs. 4 Anhang I FZA vor, dass diskriminierende Bestimmungen über die Entlohnung und übrige Arbeits- und Kündigungsbedingungen nichtig sind. Diese Bestimmung ist auch in privatrechtlichen Arbeitsverhältnissen unmittelbar anwendbar und somit sind benachteiligende Vereinbarungen so zu ändern, dass der Gleichbehandlungsanspruch gewahrt bleibt. Das Bundesgericht entschied am 5. März 2010, dass eine Regelung in einem Gesamtarbeitsvertrag (GAV), die vorsah, dass Erfahrungen auf „schweizerischen Baustellen“ notwendig war um eine bestimmte Lohnklasse zu erreichen, eine indirekte Diskriminierung von EU-ausländischen Arbeitnehmer/innen zur Folge habe. Der Anspruch des Arbeitnehmers auf den nicht-diskriminierenden höheren Lohn wurde dementsprechend bejaht⁴⁰.

Beim *Schutz vor diskriminierender Kündigung* gilt es zwischen den allgemeinen Kündigungsschutzregeln und denjenigen im GlG zu unterscheiden. Art. 336 Abs. 1 lit. a und b OR bieten Schutz vor diskriminierenden Kündigungen im pri-

38 Pärli, Vertragsfreiheit (Fn 12), S. 621 ff.

39 Eine umfassende Übersicht aller GlG-Urteile bietet die Datenbank <http://www.gleichstellungsgesetz.ch> (zuletzt besucht am 17.08.2015).

40 Vgl. dazu ausführlich: Pärli Kurt, Neues beim arbeitsrechtlichen Diskriminierungsschutz – mit einem Seitenblick auf die Entwicklung in der Europäischen Union, in: Jusletter vom 7. Februar 2011.

vatrechtlichen Arbeitsverhältnis. Gemäss Art. 336 Abs. 1 lit. a OR ist eine Kündigung missbräuchlich, wenn sie aufgrund einer Eigenschaft ausgesprochen wird, die einer Person kraft ihrer Persönlichkeit zusteht. Umstritten ist, welche Persönlichkeitsmerkmale von diesem Artikel erfasst sind. Nebst den völker- und verfassungsrechtlich anerkannten Diskriminierungsmerkmalen zählt die arbeitsrechtliche Praxis auch Vorstrafen zu den geschützten Merkmalen. Dazu gehören auch Charaktereigenschaften zu den geschützten Persönlichkeitsmerkmalen. Art. 336 Abs. 1 lit. b OR schützt vor Kündigungen, die ausgesprochen werden, weil der – die Arbeitnehmer/in verfassungsmässige Rechte wahrnimmt. Missbräuchliche Kündigungen gemäss Art. 336 Abs. 1 lit. a und lit. b OR können gerechtfertigt werden. So ist eine auf Persönlichkeitsmerkmalen basierende Kündigung nicht widerrechtlich, wenn der Arbeitgeber geltend machen kann, die Eigenschaft stehe in einem Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis oder sie beeinträchtige die Zusammenarbeit im Betrieb. Dieselben Rechtfertigungsgründe stehen auch bei einer Kündigung im Sinne von Art. 336 Abs. 1 lit. b OR zur Verfügung. Dass eine Kündigung diskriminierend ist, muss von der gekündigten Person bewiesen werden. Eine Beweislastumkehrung ist im Gesetz nicht vorgesehen. Gelingt der Beweis, dass ein Missbrauchstatbestand erfüllt ist, obliegt es dem Arbeitgebenden, das Vorhandensein der im Gesetz vorgesehenen Rechtfertigungsgründe zu beweisen. Eine diskriminierende Kündigung ist allerdings nicht etwa nichtig, sondern wird durch eine diskriminierende Kündigung lediglich ein Entschädigungsanspruch in der Höhe von maximal sechs Monatslöhnen begründet (vgl. Art. 336a Abs. 1 und 2 OR). Ein Schaden muss nicht vorliegen, damit dieser Entschädigungsanspruch geltend gemacht werden kann.

Der Schutz vor Kündigungen aufgrund des Geschlechts geht in mehrfacher Hinsicht weiter. So geniesst, wer aufgrund des GlG eine Missbrauchsklage einreicht, die Beweislast erleichterung (Art. 6 GlG). Weiter sieht Art. 10 GlG vor, dass die Kündigung, die nach der Geltendmachung eines Anspruches nach GlG ausgesprochen wird, anfechtbar ist. Das Gericht kann – anders als bei nicht geschlechtsspezifischen Kündigungen – also auch die Wiederanstellung anordnen. Zudem ist auf das absolute Kündigungsverbot während der Schwangerschaft und 16 Wochen nach der Niederkunft hinzuweisen (Art. 336c OR). Eine Kündigung, die gegen Art. 336c OR verstösst, ist im Gegensatz zu einer Kündigung in Verletzung des GlG nichtig und nicht nur anfechtbar.

B. Ausgewählte Rechtsprechung

Wie bereits mehrfach erwähnt: In der Schweiz finden sich nur wenige arbeitsrechtliche Diskriminierungsgerichtsentscheide, sieht man von Fällen nach GlG ab. Nachfolgend werden ein paar Urteile vorgestellt, die bei näherer Betrachtung trotz Fehlens ausdrücklicher gesetzlicher Diskriminierungsschutzbestimmungen im Ergebnis dennoch einen gewissen Diskriminierungsschutz gewähren.

Im Bundesgerichtsentscheid 4A_102/2008 vom 27. Mai 2008 kündigte die Arbeitgeberin einem Arbeitnehmer, weil dieser als Folge eines Unfalles nicht mehr 100 Prozent sondern nur noch 50 Prozent arbeiten konnte. Es ist nicht offensichtlich, dass eine solche Kündigung unter einen der Missbrauchstatbestände in Art. 336 Abs. 1 OR fällt. Die Arbeitgeberin ist zudem nach schweizerischem Recht nicht verpflichtet, einem Arbeitnehmer eine Teilzeitbeschäftigung anzubieten, falls dieser – wenn auch aus gesundheitlichen Gründen – nicht mehr das ursprünglich vertraglich vereinbarte Pensum zu leisten vermag. Dennoch kam das Bundesgericht im vorliegenden Fall zum Schluss, die Kündigung sei missbräuchlich. Der Arbeitnehmer hätte gestützt auf die Arbeitgeberpflicht zum Persönlichkeitsschutz zu Recht eine Pensenreduktion geltend gemacht. Die daraufhin erfolgte Kündigung verstosse gegen Art. 336 Abs. 1 lit. d OR (Schutz vor Rache Kündigung nach der Geltendmachung eines nach Treu und Glauben vertretbaren Anspruchs).

Im Entscheid BGE 138 III 411 musste das Bundesgericht die Rechtmässigkeit einer Klausel für die Krankentaggeldversicherung prüfen, die eine Kürzung des Taggeldes vorsah, wenn eine psychische Ursache für die Arbeitsunfähigkeit verantwortlich war. Diese Klausel bildete Teil der Allgemeinen Vertragsbedingungen der Versicherung. Das Bundesgericht erachtet eine solche Klausel als ungewöhnlich und versagte ihr die Gültigkeit. Mit Verweis auf einen früheren Entscheid hielt das Bundesgericht fest, eine unzulässige Ungewöhnlichkeit einer Bestimmung in Allgemeinen Vertragsbedingungen könne auch in einer Ungleichbehandlung ohne sachlichen Grund bestehen. Die Bedeutung dieses Urteils besteht in der Beschränkung der privatrechtlichen Willkürfreiheit. Zwar ging es im vorliegenden Fall um eine Taggeldversicherung, solche haben aber regelmässig auch im Arbeitsvertrag eine Bedeutung und können die vielerorts üblichen Diskriminierungen gesundheitlich angeschlagener Arbeitnehmer/innen beim Zugang zu solchen Versicherungen in einem neuen Licht erscheinen lassen. Die Versicherer (und Arbeitgeber) sind zumindest gehalten, ihre allfälligen Risikoausschlüsse und Gesundheitsvorbehalte sachlich(er) zu begründen.

Das Zürcher Obergericht musste am 4. April 2013 prüfen, ob die Entlassung eines HIV-positiven Fussballprofis wegen der Nichtoffenlegung seines HIV-Status im Rahmen der Anstellung rechtmässig war. Das Gericht kam zum Schluss, die HIV-Infektion müsse nicht offen gelegt werden, im professionellen Fussballsport bestehe keine Übertragungsgefahr. Die Entscheidung zeigt, dass mit den Mitteln des Rechts gegen irrationale Ängste gegenüber Menschen mit HIV/Aids vorgegangen werden kann. Das wird auch durch eine Entscheidung des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte (EGMR) in der Sache I. gegen Griechenland belegt⁴¹. Der EGMR kam zum Schluss, dass Griechenland gegen Art. 8 EMRK in

41 Siehe dazu ausführlich hinten, 2. Ausgewählte arbeitsrechtliche Diskriminierungsfälle des EGMR, S. 12 f.

Verbindung mit Art. 14 EMRK verstossen hat, weil es die Kündigung eines Arbeitgebers gegenüber einem HIV-positiven Mitarbeiter in den innerstaatlichen Gerichtsverfahren gutgeheissen hatte.

Das Bundesverwaltungsgericht hat in einem Verfahren betreffend die Kündigung einer vom Bund angestellten Reinigungskraft festgehalten, aus Art. 328 OR folge, dass Behinderte im (privaten – und öffentlichen) Arbeitsverhältnis zu schützen sind und insbesondere Verhaltensweisen entgegenzutreten ist, die gegenüber Menschen mit Behinderungen verletzend, abwertend und ausgrenzend wirken⁴². Für den Arbeitgeber Bund ergeben sich zudem aus Art. 4 Abs. 2 lit. f BPG, Art. 8 Abs. 1 BPV und Art. 13 Abs. 2 BehiG eine erhöhte Fürsorgepflicht gegenüber behinderten Arbeitnehmern. Der Bund habe in diesem Bereich eine Vorbildfunktion zu erfüllen⁴³. Die Entlassung der Reinigungskraft, die über Jahre (zumindest) zufriedenstellende Arbeitsleistungen erbracht hatte, jedoch aufgrund ihres tiefen Intelligenzquotienten und dem damit eingeschränkten logischen Denken Schwierigkeiten hatte, sich an die mit einem neuen Putzkonzept geänderten Umstände und an ihren neuen Arbeitsort zu gewöhnen, war somit nicht gerechtfertigt. Der Arbeitgeber hätte andere Möglichkeiten zur Eingliederung der Arbeitnehmerin ergreifen sollen⁴⁴. Anstatt dies zu tun, wurden keine Unterstützungs- und Begleitmassnahmen zur Einführung in das neue Putzkonzept getroffen und dieselben Beurteilungskriterien wie bei geistig und sprachlich nicht beeinträchtigten Mitarbeiter/innen angewandt. Der Hinweis, dass man auf die Massnahmen verzichtet habe, da der Aufwand als zu gross eingeschätzt wurde und eine Signalwirkung für andere Mitarbeiter/innen verhindert werden wollte, war ebenfalls ungenügend⁴⁵.

V. Signale aus Strassburg

A. Integration der Arbeitsrechte in die EMRK und Schutzpflichten

In der jüngeren Rechtsprechung des EGMR zur Verletzung des akzessorischen Diskriminierungsverbotes finden sich auch Fälle, die Arbeitsverhältnisse betreffen. Das mag überraschen, denn bei der Entstehung der EMRK war diese klar „nur“ auf den Schutz der klassischen Freiheitsrechte ausgerichtet⁴⁶. Weder sind in der EMRK ausdrücklich Sozial- und Arbeitsrechte verankert, noch ist sie in privaten Verhältnissen unmittelbar anwendbar. Der EGMR sieht die EMRK jedoch

42 BVGer v. 29.4.2008, A-6550/2007, Erw. 6.3.

43 BVGer v. 29.4.2008. A-6550/2007, Erw. 6.4.

44 BVGer v. 29.4.2008, A-6650/2007, Erw. 6.6.4.

45 BVGer v. 29.4.2008, A-6550/2007, Erw. 6.6.2.

46 Mantouvalou Virginia, Are Labour Rights Human Rights?, in: European Labour Law Journal 2012, Nr. 3, S. 151-172.

als „living instrument“ und er hat sozial- und arbeitsrechtliche Ansprüche durch Auslegung in die EMRK integriert⁴⁷. Für die Auslegung der EMRK zieht der EGMR dabei nicht nur die Europäische Sozialcharta (ESC), sondern auch relevante ILO-Abkommen⁴⁸ und andere arbeitsvölkerrechtliche Instrumente bei⁴⁹. Zudem berücksichtigt der EGMR auch die Spruchpraxis der ILO-Organe⁵⁰ oder der für die Überwachung der ESC zuständigen Organe⁵¹. Diese Transformation externer Regelungen – andere internationale Menschenrechtsverträge und deren Auslegung durch die zuständigen Organe – in die EMRK beinhaltet eine stark *rechtsfortbildende* Dimension⁵². Dieses auch als „evolutive Auslegung“ bezeichnete Auslegungsprinzip⁵³ dient dem Ziel eines praktischen und effektiven Menschenrechtsschutzes⁵⁴. Das Vorgehen ermöglicht dem EGMR, in der EMRK selbst nicht oder nicht ausdrücklich enthaltenen Arbeits- und Sozialrechte durch Auslegung in die EMRK zu integrieren – er betreibt also, in anderen Worten, „Integration durch Interpretation“⁵⁵.

Nach Art. 1 EMRK ist der Staat verpflichtet, die EMRK-Rechte zu garantieren. Die EMRK ist also grundsätzlich staatsgerichtet, d.h. Private werden durch die EMRK nicht (unmittelbar) verpflichtet⁵⁶. Die Verpflichtung erfasst sämtliche Staatsgewalten, also sowohl den Gesetzgeber als auch die Judikative und die Verwaltung⁵⁷. Aus der Rechtsprechung des EGMR ergeben sich für die Staaten umfangreiche positive Pflichten, zum Schutze der Konventionsrechte auch in privaten Verhältnissen zu sorgen, namentlich im Bereich des Arbeitsrechts⁵⁸. Zwar können nur *Staaten* in Strassburg wegen Verletzung von EMRK-Rechten einge-

47 Palmer Ellie, Protecting Socio-Economic Rights through the European Convention on Human Rights: Trends and Developments in the European Court of Human Rights, Erasmus Law Review, Volume 02, Issue 04, 2009, S. 397 ff.

48 EGMR, v. 09.07.2014, Appl. No 2330/09, Pastoral ./ Rumänien, Rz 142.

49 EGMR v. 27.11.2014, Appl. No 36701/09, Hrvatski Sindikat ./ Kroatien, Rz 6, EGMR, v. 12.11.2008, Appl. No 34503/97, Demir and Baykara ./ Türkei, Rz 44; EGMR, v. 30.06.1993, Appl. Nr 16130/90, Sigurjonsson ./ Island, Rz 35.

50 EGMR v. 12.11.2008, Appl. Nr. 34503/97, Demir and Baykara ./ Türkei, Rz 44.

51 EGMR v. 12.11.2008, Appl. Nr. 34503/97, Demir and Baykara ./ Türkei, Rz 35.

52 Pärli Kurt, Die Bedeutung von Art. 11 EMRK für die Gewerkschaftsrechte, in: Bäni/Obrist (Hrsg.), Festschrift zur Emeritierung von Jean-Fritz Stöckli, Lachen, 2014, S. 435-464.

53 Senden Hanneke, Interpretation of Fundamental Rights in a Multilevel Legal System – An analysis of the European Court of Human Rights and the Court of Justice of the European Union, Cambridge/Antwerp/Portland 2011, S. 70 ff.

54 Senden, S. 73 (Fn 54), siehe ferner die Ausführungen des EGMR in EGMR, v. 12.11.2008, Appl. No 34503/97, Demir and Baykara ./ Türkei Rz 66.

55 Mantouvalou (Fn 47), S. 536.

56 Grabenwarter Christoph, Europäische Menschenrechtskonvention, 4. Auflage, München/Basel/Wien, 2009.

57 Frowein Jochen/Peukert Wolfgang, Europäische Menschenrechtskonvention, EMRK-Kommentar, 3. Auflage, Kehl, 2009, N 11 zu Art. 1 EMRK.

58 Breitenmoser Stephan/Weyeneth Robert, Europarechtliche Mindeststandards im Schweizer Arbeitsrecht, in: Bäni/Obrist (Hrsg.), Festschrift zur Emeritierung von Jean-Fritz Stöckli, Zürich/St.Gallen 2014, S. 61-94.

klagt werden⁵⁹. Gegen ein letztinstanzliches Urteil eines nationalen Gerichts kann jedoch ungeachtet der zivil- oder öffentlich-rechtlichen Natur der Streitigkeit in Strassburg Beschwerde eingelegt werden. Auch in diesen Konstellationen beurteilt der EGMR, ob sich die beschwerdeführende Partei auf den Schutzbereich berufen kann und falls ja, ob der Eingriff in den Schutzbereich gerechtfertigt war⁶⁰. Exemplarisch zeigt dies der Whistleblowing-Fall „Heinisch“⁶¹. Die Beschwerdeführerin machte geltend, der (privatrechtliche) Arbeitgebende habe ihre in Art. 10 EMRK verankerte Meinungsfreiheit verletzt. Der EGMR wog nun ab, ob die staatlichen Gerichte die Abwägung zwischen den Arbeitgeberinteressen (Treuepflicht der Arbeitnehmer/innen) und den Interessen der Arbeitnehmer/innen an der Ausübung ihrer Meinungsfreiheit richtig vorgenommen hatte. Der EGMR kam zum Schluss, das Ergebnis der Interessenabwägung der deutschen Gerichte verletze die in Art. 10 EMRK garantierte Meinungsfreiheit von Frau Heinisch.

B. Ausgewählte arbeitsrechtliche Diskriminierungsfälle des EGMR

Der Entscheid «Danilenkov» basiert auf folgendem Sachverhalt: Kaliningrader Hafenarbeiter, Mitglieder der russischen Hafenarbeitergewerkschaft, wurden nach einem durch sie zur Verbesserung ihrer Arbeitsbedingungen organisierten Streik durch die Arbeitgeberin in verschiedenster Weise benachteiligt und schlussendlich entlassen⁶². Gegen die Massnahmen der Arbeitgeberin leiteten die betroffenen Arbeitnehmer/innen bzw. ihre Gewerkschaft verschiedene innerstaatliche Verfahren ein, die zum Teil auch erfolgreich waren. Nicht durchsetzen konnten sich die Gewerkschafter jedoch mit der Klage wegen gewerkschaftsfeindlicher Diskriminierung. Sie gelangten daraufhin mit diesem Anliegen an den EGMR.

In der sehr ausführlich begründeten Entscheidung erwähnt der EGMR die grosse Bedeutung des Diskriminierungsschutzes. Die in Art. 11 EMRK verankerte Formulierung, wonach Arbeitnehmer/innen *zum Schutze ihrer Interessen* Gewerkschaften gründen und ihnen beitreten können sei nicht «redundant» und die EMRK schütze gewerkschaftliche Aktionen, deren Durchführung und Erhaltung die Vertragsstaaten sowohl erlauben als auch ermöglichen müssen⁶³. Arbeitnehmer/innen sollen die Freiheit haben, einer Gewerkschaft beizutreten (oder auch nicht) ohne deswegen sanktioniert zu werden. Die Diskriminierung von Gewerk-

59 Das ergibt sich aus Art. 1 EMRK (Die Hohen Vertragsparteien sichern ...) in Verbindung mit Art. 34 EMRK und dem Zusatzprotokoll über das Individualbeschwerdeverfahren. Private sind für das Verfahren in Strassburg nicht passivlegitimiert.

60 Nussberger Angelika, Der Einfluss der EMRK auf das deutsche Arbeitsrecht, in: Arbeit und Recht 4, 2014, S. 130 ff.

61 EGMR vom 21.07.2011, Appl. Nr. 28274/08, Heinisch ./.. Deutschland.

62 EGMR, v. 20.07.2009, Appl. Nr. 67336/01, Danilenkov ./.. Russland, Rz 13–36 (B. Alleged discrimination by the seaport management).

63 EGMR, v. 20.07.2009, Appl. Nr. 67336/01, Danilenkov ./.. Russland, Rz 123.

schafter/innen stellt eine gravierende Verletzung der Vereinigungsfreiheit dar und gefährde die Existenz von Gewerkschaften⁶⁴.

Der EGMR betont die Notwendigkeit eines effektiven Diskriminierungsschutzes⁶⁵. Die den diskriminierten Gewerkschafter/innen im konkreten Fall zur Verfügung stehenden innerstaatlichen Rechtsschutzmöglichkeiten gegen Diskriminierung genügten nicht. Zwar sah das russische Recht zur fraglichen Zeit ein allgemeines Diskriminierungsverbot aufgrund von Gewerkschaftsmitgliedschaft oder Nichtmitgliedschaft vor. Die innerstaatlichen Behörden lehnten es jedoch ab, den Diskriminierungsvorwurf in einem zivilprozessrechtlichen Verfahren zu prüfen und verwiesen auf die Möglichkeit, gegen die verantwortlichen Personen ein Strafverfahren einzuleiten. Ein solches scheiterte, weil keine Diskriminierungsabsicht nachgewiesen werden konnte. Der EGMR zweifelt(e) deshalb an der Effektivität von Diskriminierungsschutz durch strafrechtliche Massnahmen⁶⁶. Im Ergebnis ist Russland seinen positiven Verpflichtungen, einen effektiven Rechtsschutz gegen Diskriminierung aufgrund der Gewerkschaftsmitgliedschaft zu realisieren, nicht nachgekommen. Einstimmig entschied die fünfte Kammer des EGMR, es liege eine Verletzung von Art. 14 in Verbindung mit Art. 11 EMRK vor.

In Griechenland entliess ein Arbeitgeber auf Druck seiner Belegschaft einen HIV-infizierten Angestellten. Der Mann war seit 2001 in dem Unternehmen angestellt. Im Januar 2005 erzählte er drei Kollegen, dass er befürchte, sich mit HIV infiziert zu haben. Als sich der Verdacht nach einem Test bestätigte, machten die drei Kollegen bei ihrem Chef Druck. Sie fürchteten, sich bei dem Mann während der Arbeit anzustecken. Daher müsse er umgehend entlassen werden, auch um den betrieblichen Arbeitsablauf zu gewährleisten. Der Arbeitgeber versuchte vorerst, den Konflikt zu entschärfen und lud einen Arzt ein, der die Belegschaft über HIV und mögliche Vorsichtsmassnahmen gegen eine Ansteckung aufklären sollte. Als Mitarbeiter in einem Brief an den Arbeitgeber erneut die Kündigung des HIV-infizierten Angestellten verlangten, um ihre „Gesundheit und ihr Recht auf Arbeit“ zu erhalten, gab dieser nun dem Druck der Belegschaft nach und entliess den HIV-positiven Mitarbeiter.

Das erstinstanzliche griechische Gericht hielt die Kündigung zwar für rechtswidrig, das Berufungsgericht hingegen hob das Urteil auf und anerkannte die Rechtmässigkeit der Kündigung. Zwar wären die Befürchtungen der Belegschaft über eine mögliche HIV-Ansteckungsgefahr wissenschaftlich unbegründet und auch sei der Angestellte trotz seiner HIV-Infektion voll arbeitsfähig gewesen. Als rechtmässiges Motiv für die Kündigung anerkannte das Berufungsgericht die

64 EGMR, v. 20.07.2009, Appl. Nr. 67336/01, Danilenkov ./, Russland, Rz 123 und Rz 107-108 (dort mit Hinweisen auf Entscheidungen des IAO-Vereinigungsausschusses).

65 EGMR, v. 20.07.2009, Appl. Nr. 67336/01, Danilenkov ./, Russland, Rz 124.

66 EGMR, v. 20.07.2009, Appl. Nr. 67336/01, Danilenkov ./, Russland, Rz 133.

„mögliche Störung des Betriebsfriedens“. Im Verfahren vor dem EGMR stellte sich vorab die Frage, inwiefern eine arbeitsrechtliche Kündigung eines privaten Arbeitgebers im Lichte der EMRK gerügt werden kann. In der EMRK sind bekanntlich keine ausdrücklich als solche bezeichnete Arbeitsrechte verankert. Für den EGMR berührt jedoch eine Kündigung das in Art. 8 EMRK verankerte Recht auf Schutz des Privatlebens⁶⁷. Der EGMR legt den Begriff „Privatleben“ sehr weit aus. Wenn nun eine Kündigung wegen einer HIV-Infektion erfolgt, so kommt das akzessorische Diskriminierungsverbot von Art. 14 in Verbindung mit Art. 8 EMRK zum Tragen⁶⁸. Die diskriminierende Entlassung lässt sich gemäss EGMR auch nicht mit der behaupteten Störung des betrieblichen Friedens rechtfertigen⁶⁹. Durch den gerichtlichen Schutz der Arbeitgeberkündigung hat der griechische Staat Art. 14 in Verbindung mit Art. 8 EMRK verletzt. Dem Beschwerdeführer wurde eine Entschädigung und Schadenersatz in der Gesamthöhe von 14 339 Euro zugesprochen⁷⁰.

Auch dieses Urteil zeigt die grosse Bedeutung der staatlichen Schutzpflicht in arbeitsprivatrechtlichen Streitigkeiten. Dem Staat kommt basierend auf Art. 1 EMRK eine Verpflichtung zu, die EMRK-Rechte – einschliesslich dem Recht auf (akzessorischen) Diskriminierungsschutz – auch in privaten Rechtsverhältnissen zu schützen. Wo es um den Schutz der Grundrechte besonders verletzlicher Personen gehe, erweise sich die Notwendigkeit eines solchen Schutzes als besonders dringend⁷¹. Das gilt im Lichte der vorangehend dargelegten Entscheide auch für privatrechtliche Arbeitsverhältnisse. Hier sind Gesetzgeber und Behörden gefordert, ihre Verantwortlichkeiten wahrzunehmen.

VI. Zusammenfassende Würdigung

Die vorangehenden Ausführungen zeigen: Auch wenn die Schweiz die EU-Richtlinien 2000/78/EG und 2000/43/EG zum Schutz vor Diskriminierung bei Beschäftigung und Beruf nicht umsetzen muss und auch nicht aus eigenem Antrieb einen ausdrücklichen, alle relevanten Diskriminierungsmerkmale umfassenden Diskriminierungsschutz im Arbeitsrecht kennt, haben auch Arbeitnehmer/innen in der Schweiz gewisse Schutzrechte gegen Diskriminierung in allen Phasen eines Arbeitsverhältnisses. Die bestehende Rechtslage kann aber als fragmentarisch, unvollständig und nur beschränkt wirksam bezeichnet werden.

Hinzuweisen ist aber auf das grosse Potential von Art. 328 OR; die Bestimmung beinhaltet die Pflicht der Arbeitgeberin, die Persönlichkeit des Arbeitnehmers zu

67 EGMR, v. 03.10.2013, Appl. Nr. 552/10, I.B. gegen Griechenland, Rz 69.

68 EGMR, v. 03.10.2013, Appl. Nr. 552/10, I.B. gegen Griechenland, Rz 70 – 74.

69 EGMR, v. 03.10.2013, Appl. Nr. 552/10, I.B. gegen Griechenland, Rz 89.

70 EGMR, v. 03.10.2013, Appl. Nr. 552/10, I.B. gegen Griechenland, Rz 95 ff.

71 EGMR, v. 03.10.2013, Appl. Nr. 552/10, I.B. gegen Griechenland, Rz 79.

achten und zu schützen. Daraus kann auch eine mit der EU-Rechtslage vergleichbare Verpflichtung zum Ergreifen „angemessener Vorkehrungen für behinderte Arbeitnehmer/innen“ abgeleitet werden. Weiter beinhaltet die jüngere Rechtsprechung des EGMR zu Art. 8 (Schutz des Privatlebens) in Verbindung mit Art. 14 EMRK (akzessorisches Diskriminierungsverbot), aber auch zu Art. 9 EMRK (Religionsfreiheit) und zu Art. 10 EMRK (Meinungsfreiheit) sowie zu Art. 11 EMRK (Gewerkschaftsrechte) eine zu nutzende Ressource für die Rechtsakteure zur Bekämpfung von Diskriminierung im Arbeitsverhältnis.

Schliesslich ist auch auf Gesamtarbeitsverträge hinzuweisen, die vielfach spezifische Bestimmungen zum Schutz vor Diskriminierung und Förderung der Diversität beinhalten.